



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 64.218 - SP (2015/0242031-9)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
RECORRENTE : M C P
ADVOGADO : FLAVIANO ADOLFO DE OLIVEIRA SANTOS E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. 1. ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA, DO REGIME DE CUMPRIMENTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. TEMAS NÃO ANALISADOS NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 2. PENA FIXADA EM REGIME SEMIABERTO. ALEGADA AUSÊNCIA DE VAGAS. EXECUÇÃO NÃO INICIADA. INEXISTÊNCIA DE AMEAÇA AO DIREITO DE LOCOMOÇÃO. 3. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA PARTE, IMPROVIDO, COM RECOMENDAÇÕES.

1. Quanto aos pedidos de decote da reincidência e dos maus antecedentes, de fixação do regime aberto e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, verifico que os temas não foram previamente conhecidos pelo Tribunal de origem, o que impede a análise pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância.

2. No que se refere ao pedido para aguardar em prisão albergue o surgimento de vaga no regime intermediário, verifico que o recorrente se encontra em liberdade, sem que se tenha demonstrado a efetiva ausência de vagas no regime intermediário nem o risco de iniciar o cumprimento da reprimenda em regime mais gravoso. Portanto, não há qualquer indício de que será recolhido ao regime fechado para cumprimento da sua pena estabelecida em regime semiaberto, razão pela qual, a meu ver, não há se falar em ameaça de violência ou coação à sua liberdade de locomoção. Contudo, recomenda-se seja observado o entendimento pacífico desta Corte, no sentido de que constitui flagrante ilegalidade a manutenção do apenado em regime mais gravoso durante a execução da pena, em decorrência da ausência de vagas no estabelecimento prisional adequado.

3. Recurso em *habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido, com recomendação para que seja solicitada vaga no regime semiaberto para que o recorrente possa dar início ao cumprimento da pena.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento, com recomendação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de abril de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 64.218 - SP (2015/0242031-9)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

RECORRENTE : M C P

ADVOGADO : FLAVIANO ADOLFO DE OLIVEIRA SANTOS E OUTRO(S)

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de recurso ordinário, com pedido liminar, interposto por M. C. P. contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado como incurso no art. 46, parágrafo único, da Lei n. 9.605/1998, à pena de 8 (oito) meses e 5 (cinco) dias de detenção, em regime semiaberto, tendo a condenação transitado em julgado. Após a expedição do mandado de prisão, o recorrente impetrou prévio *mandamus* perante o Tribunal de origem, tendo a ordem sido denegada, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 672):

Habeas Corpus - Execução Criminal - Paciente que se encontra em liberdade, mas que foi condenado a cumprir pena de detenção em regime semiaberto. Não há como determinar o recolhimento do mandado de prisão expedido, tão somente porque o paciente supõe que será custodiado em estabelecimento prisional em regime mais gravoso - Responsabilidade da Secretaria de Administração Penitenciária - Impossibilidade de aguardar vaga em prisão albergue domiciliar - Afronta a direito de outros sentenciados, já presos, que aguardam remoção há mais tempo - Inexistência de constrangimento ilegal - No que diz respeito aos demais pedidos, observa-se que se trata de decisão já transitada em julgado e a revisão de matéria já julgada, foge do limite do Habeas Corpus - Ordem parcialmente conhecida, e na parte conhecida, denegada.

Insurge-se o recorrente, em síntese, contra a fixação do regime semiaberto para cumprimento da pena, uma vez que não existem vagas em estabelecimento adequado, sendo de conhecimento que existem aproximadamente 8.000 (oito mil) presos aguardando vaga em regime intermediário. Assevera, no mais, que, diante da apresentação de proposta de transação penal pelo Ministério Público, a qual, entretanto, não foi aceita pelo recorrente, revela-se contraditória a negativa de substituição da pena por restritiva de direitos.

Outrossim, afirma que a pena não poderia ter sido agravada com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamento na reincidência do recorrente, uma vez que já ultrapassado o período depurador. Igualmente, referida condenação não poderia ter sido valorada na primeira fase da dosimetria. Ademais, deveria ter sido fixado o regime aberto para o cumprimento da pena, haja vista a quantidade de pena aplicada e a ausência de reincidência.

Pugna, liminarmente, pela possibilidade de aguardar em prisão albergue o surgimento de vaga no regime intermediário. No mérito, pede o decote da reincidência e dos maus antecedentes, a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Subsidiariamente, requer a confirmação da liminar.

A liminar foi indeferida às e-STJ fls. 712/714 e as informações foram prestadas às e-STJ fls. 724/726, 727/731 e 734/744. O recorrente reiterou o pedido liminar às e-STJ fls. 746/748, porém o pleito foi indeferido, solicitando-se, entretanto, informações à Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo sobre a disponibilidade de vagas no regime semiaberto, bem como o tempo de espera. As informações foram prestadas à e-STJ fl. 761.

Após a informação prestada pela Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, o recorrente reiterou novamente o pedido liminar, às e-STJ fls. 765/770. Por fim, manifestou-se o Ministério Público Federal, às e-STJ fls. 771/776, pelo improvimento do recurso, nos seguintes termos:

PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE VAGA. NÃO COMPROVAÇÃO. SISTEMA PROGRESSIVO DE CUMPRIMENTO DE PENA. PREVENÇÃO GERAL E ESPECÍFICA. PROGRESSÃO PER SALTUM DE REGIME. INVIABILIDADE. PARECER PELO CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 64.218 - SP (2015/0242031-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

De plano, quanto aos pedidos de decote da reincidência e dos maus antecedentes, de fixação do regime aberto e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, verifico que os temas não foram previamente conhecidos pelo Tribunal de origem, o que impede a análise pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância.

Com efeito, registrou a Corte local que (e-STJ fl. 674):

No que diz respeito ao demais pedidos, quais sejam, afastamento da majorante da pena-base, a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, observa-se que se trata, o caso, de cumprimento de decisão transitada em julgado. E, a revisão de matéria já julgada foge dos estreitos limites do habeas corpus, razão pela qual a impetração não pode ser conhecida, quanto a este aspecto.

No que se refere ao pedido para aguardar em prisão albergue o surgimento de vaga no regime intermediário, verifico que o recorrente se encontra em liberdade, sem que se tenha demonstrado a efetiva ausência de vagas no regime intermediário nem o risco de iniciar o cumprimento da reprimenda em regime mais gravoso.

Portanto, não há qualquer indício de que o recorrente será recolhido ao regime fechado para cumprimento da sua pena estabelecida em regime semiaberto, razão pela qual, a meu ver, não há se falar em ameaça de violência ou coação à sua liberdade de locomoção.

Como é cediço, o *habeas corpus* é cabível apenas quando mostrar-se patente a ameaça ou violação da liberdade de ir e vir, por ilegalidade ou abuso de poder. Contudo, no caso dos autos, não se provou qualquer ilegalidade ou abuso de poder e muito menos demonstrou-se a ameaça ao direito ambulatorio do recorrente.

Ao ensejo:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...). REGIME INICIAL SEMIABERTO. ALEGAÇÃO DE INDEVIDO RECOLHIMENTO EM MODO MAIS GRAVOSO POR FALTA DE VAGAS. PEDIDO DE CUMPRIMENTO EM REGIME ABERTO OU EM PRISÃO DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE. MANDADO DE PRISÃO NÃO CUMPRIDO. EXECUÇÃO PENAL NÃO INICIADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. AUSÊNCIA DO DECISUM PROFERIDO PELO JUÍZO DE ORIGEM. FALTA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. ÔNUS DA RECORRENTE. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1. A recorrente, condenada a cumprir pena no regime inicial semiaberto, pretende seja determinado que seu recolhimento se dê em regime aberto ou lhe seja concedido o direito de cumprir a reprimenda imposta em prisão albergue domiciliar, ao argumento de que está na iminência de sofrer constrangimento ilegal, pois inexistiria vaga em unidade prisional destinada ao resgate da pena no modo intermediário. 2. Este Sodalício tem o entendimento de que o constrangimento ilegal decorrente da inexistência de vaga em estabelecimento prisional adequado deve ser analisado no caso concreto, depois do recolhimento do sentenciado, e não em situação abstrata, como no caso em comento, em que o mandado de prisão expedido em desfavor da insurgente não foi cumprido e a execução penal sequer foi iniciada. 3. Ainda que assim não fosse, constata-se que não há nos autos cópia da decisão proferida pelo Juízo de primeiro grau, objeto do prévio writ, documentação indispensável para que se possa verificar a ilegalidade a que alega estar submetida a recorrente. 4. O rito do habeas corpus pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal, ônus do qual não se desincumbiu a defesa. 5. Recurso ordinário parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. (RHC 66.443/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 13/04/2016)

HABEAS CORPUS. INEXISTÊNCIA DE LESÃO OU AMEAÇA DE LESÃO À LIBERDADE DE IR, VIR E FICAR DO PACIENTE. HIPÓTESE DE NÃO CABIMENTO DO WRIT. 1. Não havendo qualquer lesão ou iminência de lesão à liberdade de ir, vir e ficar do paciente, não há falar em cabimento do habeas corpus (artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição da República). 2. A ausência de elementos concretos a assegurar que é substancial o receio do paciente de sofrer lesão no seu direito de locomoção inviabiliza a expedição de salvo-conduto preventivo. 3. Habeas corpus não conhecido. (HC 12.832/CE, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, DJ 05/11/2001).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nada obstante, diante da contradição existente nas informações prestadas pelo Magistrado de origem e pela Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, revela-se prudente determinar ao Juízo da Vara de Execuções Criminais que solicite a vaga em regime intermediário, para que o recorrente possa iniciar o cumprimento da pena.

De fato, o Magistrado de origem informou que referida providência caberia ao "Delegado responsável pelo estabelecimento prisional", a quem caberia "solicitar à Secretaria de Administração Penitenciária a vaga no regime semiaberto para o cumprimento da pena pelo paciente" (e-STJ fl. 729).

Contudo, a Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo esclareceu que a vaga no regime intermediário é disponibilizada "mediante solicitação do D. Juízo da Vara de Execuções Criminais da comarca que expediu o mandado de prisão" (e-STJ fl. 761).

Dessarte, embora não tenha ficado demonstrada eventual ameaça ao direito de ir e vir do recorrente, entendo relevante consignar que é pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de que constitui flagrante ilegalidade a manutenção do apenado em regime mais gravoso durante a execução da pena, em decorrência da ausência de vagas no estabelecimento prisional adequado.

Ao ensejo:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. PROGRESSÃO DE REGIME. INEXISTÊNCIA DE VAGA NO SEMIABERTO. PERMANÊNCIA NO REGIME FECHADO. EXCESSO DE EXECUÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. É assente nesta Corte o entendimento que, em caso de falta de vagas em estabelecimento prisional adequado ao cumprimento da pena no regime semiaberto, se deve conceder ao apenado, em caráter excepcional, o cumprimento da pena em regime aberto, ou, na falta de vaga em casa de albergado, em regime domiciliar, até o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

surgimento de vagas no regime apropriado. 3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, confirmando a liminar deferida, restabelecer a decisão do Juízo de Execuções Penais que deferiu ao paciente o direito de aguardar, em prisão domiciliar, o surgimento de vaga em estabelecimento prisional destinado ao regime semiaberto. (HC 344.119/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 10/03/2016).

Ante o exposto, conheço em parte do recurso em *habeas corpus*, para **negar-lhe provimento**, com recomendação para que seja solicitada vaga no regime semiaberto para que o recorrente possa dar início ao cumprimento da pena.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0242031-9

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 64.218 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 002520000 21496247020158260000 2520000 314/2012 3142012 35/2014 352014
RI002VU520000

EM MESA

JULGADO: 26/04/2016
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : M C P
ADVOGADO : FLAVIANO ADOLFO DE OLIVEIRA SANTOS E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : L R E
CORRÉU : T L DA S
CORRÉU : SERRA PEREIRA COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, com recomendação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.